

Naturalisme économique et suprématie du juge constitutionnel : un renforcement mutuel ?

Pouvoir politique et contraintes juridictionnelles – Analyses contemporaines

Association française de science politique – Bordeaux

Qu'ont en commun le naturalisme économique et la figure du juge constitutionnel – entendue comme incarnation du contrôle juridictionnel de l'activité législative ? En quoi peuvent-ils être interprétés comme les manifestations d'un même phénomène plus fondamental de dépolitisation du champ social (et, en particulier ici, de la sphère économique), par une substantialisation (notamment économique) de la Constitution ? Du reste, ces manifestations du phénomène ne se renforceraient-elles pas mutuellement et, partant, ne consolideraient-elles pas davantage encore le phénomène lui-même ?

Sans prétendre apporter de réponses définitives à ces questions, nous souhaitons néanmoins développer ici certaines pistes de réflexions tirées de nos recherches doctorales relatives au concept de « Constitution économique », afin d'interroger une conception parfois postulée comme évidente, à savoir l'assimilation de la démocratie à l'État de droit et, plus précisément, à une conception matérielle, substantielle, de l'État de droit propre à la pensée libérale. Nous voudrions en effet avancer ici l'hypothèse suivante : le phénomène de *constitutionnalisation*¹ *progressive de certaines options de politique économique* (qui peut être constaté depuis plusieurs décennies maintenant) pourrait s'expliquer, à tout le moins en partie², par la *perméabilité du droit à un certain naturalisme qui imprègne différents courants de la science économique*³ – pour ce qui nous concerne ici : ceux se réclamant du libéralisme économique. Or, importée dans la sphère politico-juridique, cette posture « éconaturaliste » pourrait, selon

¹ Constitutionnalisation entendue au sens large, c'est-à-dire en tant que consécration d'une politique, d'un principe ou d'une règle (en l'occurrence économique) dans la norme fondamentale d'un ordre juridique, que cette norme fondamentale soit une Constitution *sensu stricto* (dans le cas des systèmes juridiques étatiques) ou un traité international (comme c'est le cas pour l'Union européenne).

² D'autres facteurs, notamment politiques et sociologiques, peuvent également expliquer ce phénomène de constitutionnalisation (voy. not. : R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (Mass.) - London, Harvard University Press, 2004).

³ Par « naturalisme », nous entendons ici la conception d'une partie des spécialistes de la science économique qui se réfèrent explicitement ou implicitement, sur la base de postulats non pas consentis en tant qu'hypothèses scientifiques (par définition toujours falsifiables) mais admis comme vérités irréfutables, à une naturalité intrinsèque des principes et régularités qu'ils prétendent avoir dégagés. Voy. not. : F. MUNIESA, « The Problem with Economics: Naturalism, Critique and Performativity », in *Enacting Dismal Science, Perspectives from Social Economics*, New York, Palgrave Macmillan, 2016, pp. 109-129 ; B. MARIS (éd.), « La légitimation du discours économique », *Sciences de la Société*, février 2002, n° 55.

nous, induire autant que procéder de la montée en puissance politique des juridictions constitutionnelles. Autrement dit, les deux mouvements de consécration constitutionnelle d'une conception naturaliste – ou du moins naturalisante – de l'économie et d'institutionnalisation du juge constitutionnel en organe suprême de l'ordre juridique, s'ils ne se recouvrent pas entièrement, se renforceraient cependant mutuellement. Et, plus fondamentalement, derrière ces deux tendances, il nous semble percevoir une radicalisation de la théorie libérale de l'État de droit dans l'ordre économique en tant que réponse aux risques qu'impliqueraient pour la société une conception trop extensive du principe démocratique.

Afin de développer plus en détails cette hypothèse, nous présenterons d'abord les grandes lignes de l'approche théorique sur laquelle nous nous basons (I) ; ensuite, nous esquisserons les grands enseignements de cette approche appliquée au concept de « Constitution économique » – auquel nous consacrons actuellement nos recherches doctorales (II) ; après la mise en évidence des caractéristiques de l'acception actuelle de ce concept (III), nous tenterons de montrer les implications tant théoriques qu'institutionnelles de la consécration en droit positif des thèses défendues dans le constitutionnalisme économique libéral (IV). Sur la base de ces considérations, nous conclurons alors en interrogeant, notamment au regard de l'actualité politique plus récente, les limites de la dépolitisation du champ social qu'implique ce mouvement de constitutionnalisation économique (IV).

I. L'approche généalogique : aperçu

Sans trop entrer dans les détails, il nous semble utile, pour bien comprendre la portée de notre propos, de présenter quelques traits caractéristiques de l'approche généalogique de Michel Foucault sur laquelle nous fondons nos recherches doctorales actuelles.

Comme l'explique Foucault dans une contribution intitulée « Nietzsche, la généalogie, l'histoire »⁴, l'approche généalogique se donne pour objet d'étudier l'apparition et l'évolution des concepts (et des phénomènes que tentent d'appréhender ces concepts) en termes d'« émergence » (*Entstehung*) et non d'« origine » (*Ursprung*). Cette approche induit, schématiquement, deux options méthodologiques.

⁴ M. FOUCAULT, « Nietzsche, la généalogie, l'histoire », in S. BACHELARD *et al.* (éds.), *Hommage à Jean Hyppolite*, Paris, Presses Universitaires de France, 1971, pp. 145-172, reproduit in *Dits et écrits*, Paris, Gallimard, 1994, pp. 1004-1024.

La première consiste à resituer les concepts (et les phénomènes qu'ils traduisent) dans leur *contingence historique*, c'est-à-dire à les analyser non pas, comme le propose la recherche d'une « origine », comme porteur d'un sens abstrait, d'une identité première – que l'on pourrait restituer dans leur pureté en remontant de manière linéaire l'histoire jusqu'à trouver l'hypothétique vérité intrinsèque que recouvrerait ces concepts –, mais, au contraire, à étudier ces concepts dans leur complexité et en relation avec le contexte historique dans lequel ils surgissent, c'est-à-dire comme formulation d'un problème contingent et comme tentative de dépassement théorique de ce problème – impliquant alors inévitablement des luttes de pouvoirs autour de l'interprétation sur les causes du problème et sur les réponses à y apporter, qui se reflètent alors dans les définitions différentes, voire divergentes, données aux concepts eux-mêmes⁵. Ainsi, étudier un concept dans une perspective généalogique, c'est entreprendre de comprendre son émergence et son évolution en termes de relations de pouvoir et de domination autour même de son interprétation⁶ ; c'est aussi entreprendre de comprendre ces luttes d'interprétation en mettant en perspective les intentions stratégiques (conscientes ou non) des théoriciens au regard de leurs conceptions politiques et idéologiques.

La seconde option méthodologique – qui découle en partie de la première –, consiste à restituer ces débats théoriques et ces intentions stratégiques (politiques et idéologiques) des théoriciens à un niveau institutionnel, c'est-à-dire dans l'effort de renégociation permanent des équilibres et des relations de domination entre organes et institutions de pouvoir. Autrement dit, il convient non seulement d'analyser les débats théoriques dans leur rapport au contexte historique et politique dans lequel ils émergent, mais également, et symétriquement, de comprendre comment ces luttes d'interprétation jouent, par effet retour, sur l'évolution des équilibres institutionnels et transforment de ce fait ce contexte historique et politique. Cette double réflexivité – l'influence du contexte historique dans la problématisation conceptuelle des théoriciens et dans la lutte de pouvoirs autour des interprétations divergentes des concepts conçus pour penser la complexité d'un problème contingent, d'un côté, et les effets et répercussions de ces batailles théoriques (politiques et idéologiques) sur l'évolution des luttes

⁵ « Tel est bien en effet le propre de l'*Entstehung* : ce n'est pas l'issue nécessaire de ce qui, pendant si longtemps, avait été préparé à l'avance ; c'est la scène où les forces se risquent et s'affrontent, où il leur arrive de triompher, mais où on peut les confisquer » (*Ibid.*, p. 166.).

⁶ L'approche généalogique « fait resurgir l'événement dans ce qu'il peut avoir d'unique et d'aigu. Événement - il faut entendre par là non pas une décision, un traité, un règne, ou une bataille, mais un rapport de forces qui s'inverse, un pouvoir confisqué, un vocabulaire repris et retourné contre ses utilisateurs, une domination qui s'affaiblit, se détend, s'empoisonne elle-même, une autre qui fait son entrée, masquée. Les forces qui sont en jeu dans l'histoire n'obéissent ni à une destination ni à une mécanique, mais bien au hasard de la lutte » (*Ibid.*, p. 161.).

qui traversent la société et l'État et qui impliquent une transformation des équilibres institutionnels en leur sein, de l'autre côté – constitue ainsi le cœur de l'approche généalogique foucaldienne⁷.

Cette approche nous semble particulièrement féconde d'abord pour comprendre l'émergence et l'évolution du concept de « Constitution économique », mais surtout, pour ce qui nous intéresse plus particulièrement ici, pour appréhender et éclairer la situation institutionnelle actuelle, qui se caractérise par une montée en puissance de l'institution du juge constitutionnel, au détriment du parlement et plus généralement des pouvoirs de type démocratique-représentatif. En effet, dans la mesure où le concept de « Constitution économique » apparaît cristalliser le double mouvement de substantialisation économique de la Constitution et de juridictionnalisation du contrôle du législateur, il peut être opportun d'esquisser brièvement quelques enseignements importants de l'analyse généalogique de cette notion.

II. Quelques enseignements de la généalogie du concept de « Constitution économique »

La notion de « Constitution économique » remonte certes à la deuxième moitié du XVIII^e siècle, avec l'émergence du mouvement physiocratique et à l'idée, défendue en son sein, de l'existence d'un ordre naturel de l'économie régi par ses propres lois, qui s'imposeraient donc au législateur (en l'occurrence, à l'époque, au monarque)⁸ – ce qui fait écrire à Hugues Rabault que, « en termes de théorie juridique, la théorie originelle de la Constitution économique est l'expression proprement économique du jusnaturalisme »⁹. Cependant, c'est surtout dans

⁷ Pour une mise en application de cette approche généalogique à un concept, certes différent de celui de « Constitution économique », mais recouvrant néanmoins les mêmes enjeux et débats théoriques, voy. : M. GOUPY, *L'état d'exception ou l'impuissance autoritaire de l'État à l'époque du libéralisme*, Paris, CNRS, 2016.

⁸ Voy. not. N. BAUDEAU, *Première introduction à la philosophie économique, ou analyse des États policés* [reproduction de l'édition de 1771], Paris, Librairie Paul Geuthner, 1910, p. 185 [492-493] (cit. in H. RABAULT, « La notion de constitution économique : éléments d'introduction », *Politeia. Revue semestrielle de droit constitutionnel comparé*, 2018, n° 34, p. 212.)

⁹ H. RABAULT, « « La notion de constitution économique », *loc. cit.* spéc. p. 213. Voy. not., à titre illustratif de ce jusnaturalisme économique, F. QUESNAY, « Le droit naturel », *Journal de l'Agriculture, du Commerce et des Finances*, septembre 1765, p. 8, rééd. dans A. ONCKEN, *les Oeuvres économiques et philosophiques de François Quesnay*, Paris, Jules Peelman & Cie, 1888, pp. 359-377 ; P.-P. LEMERCIER DE LA RIVIERE DE SAINT-MEDARD, *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, Londres-Paris, Jean Nourse-Desaint, 1767. Voy., enfin, concernant la possibilité d'un contrôle juridictionnel de l'action du législateur au regard de l'ordre économique « naturel » : M. EINAUDI, *The Physiocratic Doctrine Of Judicial Control*, Cambridge, Harvard University Press, 1938 ; É. GOJOSSE, « Le Mercier de la Rivière et l'établissement d'une hiérarchie normative », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2004, n° 20, pp. 61-81 ; B. HERENCIA, « Recherches pour une constitution physiocratique », *Annales historiques de la Révolution française*, 2014, n° 378, pp. 3-28. Si, ensuite, les libéraux classiques n'utilisent plus explicitement cette notion, ils n'en maintiennent pas moins implicitement les thèses fondamentales qu'elle recouvre, puisqu'ils théorisent l'autonomisation d'un champ social (à savoir

l'Allemagne de l'entre-deux guerres¹⁰ que le concept s'est véritablement développé dans la doctrine juridique et économique autour des débats relatifs à la nouvelle République de Weimar et à sa Constitution.

Or, ces débats théoriques se trouvent imprégnés du contexte historique et politique de l'époque, et plus particulièrement de l'avènement des deux alternatives à l'ordre constitutionnel libéral classique et qui impliquent tous deux, après le XIX^e siècle libéral, une repolitisation forcée de l'économie – ou, pour le dire dans les termes de Karl Polanyi, un « réencastrement volontariste de l'économie dans la société »¹¹. Ces deux alternatives sont, d'un côté, le socialisme soviétique incarné par l'URSS et, de l'autre, le corporatisme fasciste de l'Italie mussolinienne. Le concept se trouve donc mobilisé, avant tout, chez les adversaires de l'ordre constitutionnel libéral *classique* pour traduire cette repolitisation de l'économie par l'État – notamment sous la plume social-démocrate de Hugo Sinzheimer, l'un des pères de la section consacrée à l'« ordre de

l'« économie ») régi par ses « lois propres », hors de portée de l'action humaine et trouvant ses fondements dans un hypothétique droit naturel s'imposant au législateur – d'où, d'ailleurs, l'expression d'Adam Smith selon laquelle l'économie serait « *the science of the legislator* » (A. SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Indianapolis, Liberty Classic, 1981 (publication originale : 1776 ; réimpression de l'édition Oxford University de 1976), p. 486 – formule citée par J. Vanberg (« Market and state: the perspective of constitutional political economy », *Journal of Institutional Economics*, 2005, vol. 1, pp. 23-49 spéc. p. 25.) et rapportée par H. Rabault (H. RABAULT, « « La notion de constitution économique », *loc. cit.*, p. 213.) Ainsi, au cœur du concept émergent de « Constitution économique », tel qu'il est compris dans la pensée libérale au tournant du XVIII^e et du XIX^e siècles, se trouve une opposition entre, d'une part, la « politique », entendue comme lieu résiduel où s'applique l'arbitraire du pouvoir – indépendamment de la question de savoir à qui doit revenir ce pouvoir –, et, d'autre part, l'« économie », en tant qu'ordre assujéti à ses lois propres considérées comme « naturelles » et s'imposant par conséquent à l'action humaine, en lui déniait de ce fait toute marge de manoeuvre discrétionnaire (voy. de manière générale : K. POLANYI, *La grande transformation: aux origines politiques et économiques de notre temps*, Paris, Gallimard, 2011 (éd. originale : 1944) ; voy. en particulier, pour ce qui concerne les physiocrates : B. HERENCIA, « La Physiocratie : gouvernementalité et rationalisation de l'action publique », *Politiques et management public*, janvier 2013, pp. 75-87 ; B. HERENCIA, « L'optimum gouvernemental des physiocrates : despotisme légal ou despotisme légitime ? », *Revue de philosophie économique*, 2013, vol. 14, n° 2, pp. 119-149.). On aperçoit donc ici déjà le caractère proprement « antipolitique » du libéralisme ou, plus précisément, la tendance à la dépolitisation du champ social et de sa régulation, propre au libéralisme, découlant de l'autonomisation de sphères d'activités objectivées et naturalisées, considérés comme régis par leurs lois propres (voy. not. : C. SCHMITT, *La notion de politique - Théorie du partisan*, Paris, Flammarion, 1992 (éd. originale : 1932), spéc. pp. 57-160).

¹⁰ Nous ne nous attarderons pas ici sur les raisons de la mise en retrait du concept tout au long du XIX^e siècle. Mentionnons néanmoins qu'une piste d'explication réside dans la relative homogénéité sociologique des parlements des différents États occidentaux, au cours du XIX^e siècle, qui a pu impliquer – au-delà de vigoureux débats entre « conservateurs » et « libéraux » autour de certaines questions propres au libéralisme politique – l'intériorisation des préceptes économiques du libéralisme et a donc permis une action législative volontaire et délibérée de modification des normes et des structures de la société afin de l'adapter à cet ordre économique « naturel » (le marché autorégulateur) dégagé par l'économie politique classique (K. POLANYI, *La grande transformation*, *op. cit.*, pp. 199-218, spéc. pp. 216-217.). L'émergence de la « question sociale » – et le réformisme social qui en découle – ont ensuite profondément modifié la donne et ont pu constituer un terrain fertile pour voir réémerger l'idée de « Constitution économique » (quoique dans un sens très différent de celui qu'il avait dans la pensée physiocratique).

¹¹ K. POLANYI, *La grande transformation*, *op. cit.*

la vie économique » (*Ordnung des Wirtschaftslebens*) de la Constitution de Weimar¹² et qui défendait une interprétation socialisante de celle-ci¹³. Toutefois, dès l'apparition de ces thèses subversives, le concept s'est vu récupérer, en retour, par certains juristes ou économistes libéraux – rassemblés plus tard sous le qualificatif d'« ordolibéraux » – tels que Franz Böhm, Walter Eucken, Leonhard Miksch ou encore Alfred Müller-Armack¹⁴, qui, se réappropriant le signifiant, en ont modifié le signifié, afin précisément de le conformer à l'ordre constitutionnel libéral articulé autour de la concurrence et de la prééminence du droit privé¹⁵. Cette

¹² Confirmant ainsi, pour reprendre l'expression d'Hugues Rabault, le « surgissement de l'économie au centre du droit constitutionnel » (H. RABAULT, « La notion de constitution économique », *loc. cit.*, p. 220.). Cette section – de même que l'ensemble de la Constitution – constituait un compromis entre différentes forces politiques de bords politiques fort éloignés, expliquant que l'on y retrouve à la fois la protection des principes fondamentaux du libéralisme économique – protection de la propriété privée (art. 153), liberté économique individuelle (art. 151), liberté contractuelle (art. 152), etc. – tout en enserrant ces principes dans des objectifs de justice sociale (voy. par exemple, les articles 151, al. 1 [« L'organisation de la vie économique doit répondre aux principes de la justice et viser à garantir à chacun les conditions d'une existence digne de l'homme »], 153, al. 3 [« Propriété oblige. Son usage doit être en même temps un service rendu à l'intérêt général »] et 155, al. 3 [« La mise en culture et l'exploitation du sol sont un devoir du propriétaire foncier à l'égard de la communauté »] de la Constitution de Weimar) et en les contrebalançant par des dispositions d'inspiration clairement socialisantes, voire socialistes – comme, par exemple, la possibilité de socialisation et de collectivisation des entreprises privées (art. 156), la possibilité d'expropriation législative *sans* juste indemnité compensatoire (art. 153, al. 2), le contrôle des terres par l'État (art. 155) ou encore la consécration de la protection sociale des travailleurs et de la sécurité sociale (art. 157 et 161). En particulier, l'article 165 de la Constitution, appelé « *Räteartikel* », établit l'existence de représentations légales des ouvriers et employés dans des « conseils ouvriers d'entreprise ainsi que dans [d]es conseils ouvriers d'arrondissement [*Bezirke*], formés selon les secteurs économiques, et dans un Conseil ouvrier du Reich [*Reichsarbeitserrat*] » ayant notamment pour objectif de « collaborer, en commun avec les employeurs et sur un pied d'égalité, à la fixation des salaires et des conditions de travail ainsi qu'à l'ensemble des conditions du développement économique des forces productives » ainsi qu'à « la collaboration à l'exécution des lois de socialisation ». En bref, pour reprendre les termes de Claire Mongouachon, « la section relative à la vie économique reflète le combat des nouvelles forces politiques orientées vers la réalisation du socialisme et de la démocratie économique au sein d'un système économique et juridique libéral et individualiste qui comptait toujours de fervents défenseurs » (C. MONGOUACHON, « Les débats sur la Constitution économique en Allemagne », *Revue française de droit constitutionnel*, juin 2012, n° 90, pp. 303-337 spéc. p. 308.).

¹³ Pour Hugo Sinzheimer, le *Räte*system de l'article 165 de la Constitution – et plus généralement la structure de la section V concernant l'« ordre de la vie économique » – impliquait l'existence d'une « constitution économique » mettant en œuvre l'idée socialiste d'une démocratie économique à côté de la démocratie politique – elle-même également déduite de la Constitution de Weimar (H. RABAULT, « La notion de constitution économique », *loc. cit.*, p. 218.). Voy. également : L. ZEVOUNOU, « Le concept de “constitution économique” : Une analyse critique », *Jus Politicum*, 2018, n° 20-21, pp. 445-482 ; R. DUKES, *The Labour Constitution: The Enduring Idea of Labour Law*, s.l., Oxford University Press, 16 octobre 2014.

¹⁴ Voy. not. : A. MÜLLER-ARMACK, *Entwicklungsgesetze des Kapitalismus. Ökonomische, geschichtstheoretische und soziologische Studien zur modernen Wirtschaftsverfassung.*, Berlin, Junker und Dünhaupt Verlag, 1932 ; F. BÖHM, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart, Berlin, 1937 ; L. MIKSCH, *Wettbewerb als Aufgabe : die Grundsätze einer Wettbewerbsordnung*, 2^e éd., Stuttgart-Berlin, W. Kohlhammer, 1937 ; W. EUCKEN, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, Iena, Gustav Fischer, 1940 ; W. EUCKEN, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Bern-Tübingen, UTB, 1952.

¹⁵ En particulier, Franz Böhm s'appuyait sur une conception matérielle du concept de « Constitution économique » et déduisait de l'ordonnance sur le commerce et l'industrie (*Gewerbeordnung*) du 21 juin 1869 (c'est-à-dire donc d'une norme formellement législative et adoptée avant même la République de Weimar) l'existence d'une Constitution économique libérale articulée autour du principe fondamental de concurrence et que la nouvelle Constitution de Weimar ne viendrait pas remettre en cause (voy. en particulier : F. BÖHM, *Wettbewerb und Monopolkampf. Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung*, Baden-Baden, Nomos, 2010 spéc. p. 299.). Voy. également, sur le

interprétation proprement libérale du concept de « Constitution économique » fut ensuite prolongée, et parfois remaniée, à partir des années 1970 et 1980, par Friedrich Hayek¹⁶ et différents courants du néolibéralisme américain^{17/18}.

Toutefois, cette réappropriation libérale du concept ne s'est pas faite en opposition frontale aux critiques émises contre l'ordre constitutionnel libéral existant, mais, au contraire, en prenant en compte – voire en endossant – certaines de ces critiques, quoique pour mieux infléchir et subvertir les solutions proposées par les adversaires de l'ordre constitutionnel libéral. En particulier, nombre de ces théoriciens libéraux, parmi lesquels on peut citer Franz Böhm, Wilhelm Röpke, Friedrich Hayek, Ernst-Joachim Mestmäcker ou Hans Willgerodt¹⁹,

sujet : H. RABAULT, « Naissance de la notion ordolibérale de “constitution économique” », in *L'ordolibéralisme, aux origines de l'école de Fribourg-en-Brigau*, Paris, L'Harmattan, 2016, pp. 189-210 ; K.W. NÖRR, « On the concept of the “economic constitution” and the importance of Franz Böhm from the viewpoint of legal history », *European Journal of Law and Economics*, décembre 1996, vol. 3, n° 4, pp. 345-356.

¹⁶ F.A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, Paris, Presses Universitaires de France, 2013.

¹⁷ Ces différents courants sont l'école de Chicago (George Stigler, Frank Knight, Ronald Coase, etc.) – et notamment son courant monétariste (Milton Friedman) –, l'école du *Public Choice* de Virginie (James M. Buchanan, Gordon Tullock, etc.) et la Nouvelle macroéconomie classique (John Muth, Neil Wallace, Thomas S. Sargent, Robert Lucas Jr, Finn E. Kydland et Edward C. Prescott, etc.). Voy. not. : F.E. KYDLAND et E.C. PRESCOTT, « Rules Rather than Discretion: The Inconsistency of Optimal Plans », *Journal of Political Economy*, 1977, vol. 85, n° 3, pp. 473-491 ; R. MCKENZIE (éd.), *Constitutionnal Economics : Containing the Economic Powers of Government*, Lexington (Mass.), Lexington Books, 1984 ; J. BUCHANAN, *Constitutionnal Economics*, Oxford, Basil Blackwell, 1991.

¹⁸ Non sans provoquer, en retour, des inflexions majeures dans les thèses des ordolibéraux des deuxième (Ernst-Joachim Mestmäcker, Hans Willgerodt, Fritz W. Meyer, etc.) et troisième générations (Lars Feld, Viktor Vanberg, Manfred E. Streit, Wilhelm Meyer, etc.) – qui se rapprochent beaucoup plus des positions hayékiennes que de l'ordolibéralisme de première génération. En effet, là où les premiers ordolibéraux conçoivent le marché en tant qu'idéal-type (c'est-à-dire comme norme hypothétique *abstraite*) dont une des fonctions essentielles se trouve dans la déconcentration du pouvoir privé et dont le fonctionnement doit être garanti *en dernier ressort* par la puissance publique elle-même – qui serait donc capable d'agir d'une manière plus conforme au marché (compris comme norme hypothétique *abstraite*) que les marchés positifs eux-mêmes –, Hayek (et avec lui les ordolibéraux de deuxième et de troisième génération) l'appréhende, en se fondant sur les limites intrinsèques de connaissance humaine, comme une réalité *concrète* insusceptible d'être corrigée efficacement dans son fonctionnement par une intervention extérieure et dont la fonction essentielle réside seulement dans la procédure de découverte qu'implique des échanges libres basés sur le prix – lui-même conçu comme cristallisation des informations disponibles sur le marché. Si les ordolibéraux de deuxième et troisième génération essaient néanmoins de rapprocher les pensées de la première génération et de Hayek (voy. not. : A. WOLL, « Freiheit durch Ordnung: Die gesellschaftspolitische Leitidee im Denken von Walter Eucken und Friedrich A. von Hayek », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1989, vol. 40, pp. 87-97 ; V.J. VANBERG, « Friedrich A. Hayek und die Freiburger Schule », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 2003, vol. 54, pp. 3-20), il apparaît néanmoins, de notre point de vue, que tant les postulats à la base de leurs théories que les principes qui en découlent s'opposent fondamentalement (voy. not. : R. FEVRE, « Le marché sans pouvoir : au cœur du discours ordolibéral », *Revue d'économie politique*, mars 2017, n° 1, pp. 119-151.).

¹⁹ Voy. not. : F. BÖHM, « Die Idee des Ordo im Denken Walter Euckens: Dem Freunde und Mitherausgeber zum Gedächtnis », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1950, vol. 3, pp. XV-LXIV spéc. pp. LVIII ; W. RÖPKE, « Wirtschaftssystem und internationale Ordnung Prolegomena », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1951, vol. 4, pp. 261-297 ; F.A. HAYEK, « Die Anschauungen der Mehrheit und die Zeitgenössische Demokratie », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1965, pp. 19-41 spéc. p. 29 ; E.-J. MESTMÄCKER, « Über die Rolle der Politik in der Marktwirtschaft: Dargestellt anhand eines unveröffentlichten Briefes von Franz Böhm », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von*

discutèrent les thèses d'un des adversaires les plus controversés de l'ordre constitutionnel libéral, à savoir Carl Schmitt²⁰. Ainsi, pour comprendre la portée actuelle des théories libérales relatives au constitutionnalisme économique, il nous semble opportun de brièvement résumer la critique de l'ordre constitutionnel libéral développée par Schmitt, avant d'esquisser les réponses apportées à ces critiques par certains penseurs libéraux.

Selon Schmitt, l'ordre constitutionnel libéral se trouve miné par une contradiction interne fondamentale, qui ne peut donc le mener qu'à sa chute. Cette contradiction réside, schématiquement, dans l'opposition entre, d'une part, les principes libéraux matériels – qualifiés souvent, dans une tradition jusnaturaliste, de « droits *naturels* de l'homme » – et, d'autre part, l'idéal démocratique de l'auto-institution de la société par elle-même et de l'autogouvernement du peuple (donc rejetant toute idée de transcendance du pouvoir), qui s'est traduit cependant institutionnellement, dans une perspective représentative, par la doctrine de la souveraineté du parlement (en tant que représentant, dans la tradition rousseauiste, de la volonté générale du peuple)²¹. Or, à l'heure de la démocratisation institutionnelle du parlement par l'extension du suffrage universel et de la constitution du prolétariat en force politique de premier plan, cette souveraineté du parlement et la domination alléguée du courant juspositiviste et de la conception formelle de l'État de droit²² engendrent, selon Schmitt²³, un

Wirtschaft und Gesellschaft, 1978, vol. 29, pp. 3-13 ; H. WILLGERODT, « Wirtschaftsordnung und Staatsverwaltung », *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1979, vol. 30, pp. 199-217 spéc. p. 216 ; F.A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, op. cit. spéc. p.849.

²⁰ Ces dialogues indirects ont d'ailleurs donné lieu à une littérature assez dense sur les liens entre l'ordolibéralisme et les thèses de Schmitt. Voy. not. : D. HASELBACH, *Autoritärer Liberalismus und Soziale Marktwirtschaft. Gesellschaft und Politik im Ordoliberalismus*, Baden-Baden, Nomos, 1991 ; W. BONEFELD, « Freedom and the Strong State: On German Ordoliberalism », *New Political Economy*, novembre 2012, vol. 17, n° 5, pp. 633-656 ; V. BERGHAHN et B. YOUNG, « Reflections on Werner Bonefeld's 'Freedom and the Strong State: On German Ordoliberalism' and the Continuing Importance of the Ideas of Ordoliberalism to Understand Germany's (Contested) Role in Resolving the Eurozone Crisis », *New Political Economy*, octobre 2013, vol. 18, n° 5, pp. 768-778 ; W. BONEFELD, « Authoritarian Liberalism: From Schmitt via Ordoliberalism to the Euro », *Critical Sociology*, 2016, vol. 43, n° 4-5, pp. 747-761. A noter que le « libéralisme autoritaire » qui serait implicitement présent chez Schmitt est déjà relevé dès le début des années 1930 par Hermann Heller, adversaire social-démocrate de Carl Schmitt : H. HELLER, « Autoritärer Liberalismus », *Die Neue Rundschau*, 1933, vol. 44, pp. 289-298.

²¹ Sur ces analyses par Schmitt de l'ordre constitutionnel libéral et, surtout, pour une étude des contradictions de Schmitt lui-même et des limites de ses analyses, voy. en particulier : M. GOUPY, *L'état d'exception ou l'impuissance autoritaire de l'État à l'époque du libéralisme*, op. cit., pp. 167-321.

²² Là où la conception matérielle de l'État de droit constitue un concept normatif et prescriptif s'appliquant aux États autolimitant leur sphère de pouvoir et d'action au nom de principes supérieurs (pour les libéraux : les « droits naturels » des individus ou les « lois naturelles » de l'économie) s'appliquant au législateur lui-même, la conception formelle de l'État de droit induit seulement l'idée, descriptive, que l'*État agit au moyen du droit*, c'est-à-dire qu'il soumet son activité au cadre formel de la légalité (en particulier de la hiérarchie des normes), indépendamment du contenu des normes et de la question du gardien en dernier ressort de cette hiérarchie des normes (législateur, exécutif ou juridiction constitutionnel).

²³ C. SCHMITT, *La dictature*, Paris, Editions du Seuil, 2000 (éd. originale : 1921).

risque existentiel pour l'ordre constitutionnel libéral. En effet, en raison même de cet « absolutisme du parlement » encouragé par une conception formelle du droit, l'ordre constitutionnel libéral s'expose à être subverti de l'intérieur par ses ennemis socialistes, puisqu'il permet la prise légale du pouvoir de l'État par ces derniers, au moyen des élections, et la domination politique du parlement qui en résulterait – comme en témoignerait d'ailleurs la position de Kautsky dans la controverse qui l'oppose à Lénine autour de l'acception de la notion de « dictature du prolétariat »²⁴.

De surcroît, sans même aller jusqu'à ce risque de « renversement légal » de l'ordre constitutionnel libéral en recourant aux armes de ce dernier, Schmitt pointe le fait que la faiblesse de l'État constitutionnel libéral (conception formelle du droit caractéristique du positivisme juridique, relativisme axiologique, attachement à la souveraineté parlementaire et au pluralisme des partis) permet aux différents groupes sociaux organisés autour de leurs intérêts particuliers d'instrumentaliser l'État pour atteindre leurs objectifs propres, amenant ainsi ce dernier à intervenir de manière dispersée dans tous les champs sociaux (et en particulier dans l'économie) et à perdre, de ce fait, son rôle essentiel : fonder et garantir l'ordre et l'unité politique de la société²⁵. Autrement dit, selon les termes mêmes de Schmitt, l'État libéral est condamné à devenir un État quantitativement fort (« État total quantitatif ») parce que « qualitativement faible »²⁶.

Or, face à ce constat, Schmitt propose une solution : un État qualitativement fort (ou « État total qualitatif ») capable de résister à un envahissement des intérêts privés de la société civile – donc capable de s'autolimiter pour éviter de sombrer dans l'« État total quantitatif » d'inclination socialiste²⁷. Pour ce faire, Schmitt développe une lecture substantielle (en l'occurrence fascisante) de la Constitution, en hiérarchisant les dispositions constitutionnelles pour faire primer les pouvoirs de crise sur les droits fondamentaux des individus, légitimant ainsi le

²⁴ Voy. en particulier l'avant-propos (1921) de *La dictature* : *Ibid.*, pp. 55-66.

²⁵ Voy. not. : C. SCHMITT, « Starker Staat und gesunde Wirtschaft. Ein Vortrag vor Wirtschaftsführern (Konferenz gehalten am 23.11.1932) », *Volk und Reich*, 1933, pp. 81-94.

²⁶ M. GOUPEY, *L'état d'exception ou l'impuissance autoritaire de l'État à l'époque du libéralisme*, op. cit., pp. 215-217. Comme l'ajoute l'auteur, rapportant l'argumentation de Schmitt, « le champ d'intervention étatique s'élargit. L'État intervient en particulier dans des domaines supposés avoir été hors de son action. C'est le cas en particulier en ce qui concerne les questions économiques, où l'État neutre aurait cédé la place à l'État social ou à l'État providence. De telle sorte que là même où l'effort de neutralisation portée par le libéralisme l'aurait conduit à défendre l'autonomisation du secteur économique à l'égard du politique, il aura seulement contribué à politiser l'économie » (*Ibid.*, pp. 217-218 [c'est nous qui soulignons]).

²⁷ Voy. not. : C. SCHMITT, « Starker Staat und gesunde Wirtschaft. Ein Vortrag vor Wirtschaftsführern (Konferenz gehalten am 23.11.1932) », op. cit.

transfert progressif des pouvoirs législatifs à l'exécutif dans une perspective de plus en plus autoritaire. Comme le note Marie Goupy, la démarche entreprise par Schmitt (mais pas seulement²⁸) « engage bien davantage qu'une interprétation extensive des pouvoirs dictatoriaux du Président du Reich : elle témoigne plus largement d'une entreprise de déconstruction systématique de l'assise théorique qui fonde l'interprétation positiviste dominante, et qui s'accompagne de la proposition d'une méthode générale d'interprétation de la Constitution, sur le fondement d'une définition matérielle du droit »²⁹ – en l'occurrence, d'ascendance fasciste.

Or, loin de rejeter en bloc les analyses de Schmitt, l'interprétation libérale dominante de l'après-guerre va en partie réinvestir ces critiques relatives aux contradictions de l'ordre constitutionnel libéral, mais pour mieux y substituer ses propres remèdes³⁰. Peu importe ici la pertinence historique (ou non) dont peut être créditée l'interprétation libérale d'après-guerre³¹, celle-ci s'est imposée, rendant l'« absolutisme du parlement » et le positivisme juridique, qui l'aurait soutenu par la conception formelle du droit qu'il induit, responsables de la subversion de l'ordre constitutionnel libéral par ses ennemis³² – en l'occurrence non pas socialistes (comme le pensait Schmitt) mais nazis. Autrement dit, les « droits naturels de l'homme », au cœur de la conception matérielle libérale de l'État de droit, auraient succombé à l'« absolutisation de la démocratie »

²⁸ Voy. not. : E. Jacobi, « Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichverfassung », in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer*, vol. 1, Berlin, Leipzig, Walter De Gruyter und Co., 1924, pp. 105-136.

²⁹ M. GOUPY, *L'état d'exception ou l'impuissance autoritaire de l'État à l'époque du libéralisme*, op. cit., p. 124.

³⁰ Cette possibilité de réappropriation libérale des analyses de Schmitt trouve en réalité, selon nous, sa source dans les contradictions internes des théories de Schmitt. Comme le relève Marie Goupy : « La critique schmittienne du libéralisme est extrêmement cohérente et novatrice : il s'agit d'une critique politique de la dépolitisation structurelle de l'ordre juridico-politique étatique. Mais sa théologie politique le conduit à réduire cette dépolitisation au simplet rejet de la domination étatique, sans voir la cohérence structurelle du système de dépolitisation libéral. Schmitt manque en fait de voir le lien structurel qui soude la neutralisation du politique et du droit, et l'autonomisation des différents champs sociaux. Ce qui le conduit non seulement à mésestimer la cohérence de la pensée libérale de l'ordre, mais également à produire, à côté de sa théorie fasciste de la "démocratie", une théorie de l'état d'exception et une pensée de la crise tout à fait adéquates à la structure dépolitisée qu'il n'aura cessé de condamner » (*Ibid.*, p. 233 [c'est nous qui soulignons]). Nous souhaitons donc ici prolonger (partiellement) les analyses de Marie Goupy en montrant comment les néolibéraux vont prendre en compte les analyses de Schmitt pour développer également leurs nouvelles théories constitutionnelles.

³¹ Voy. not. : *ibid.*, pp. 142-163.

³² Voy. not. : G. RADBRUCH, « Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht », *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946, n° 1, pp. 105-18 ; M. WALZ, « Introduction à "Injustice légale et droit supralégal" de Gustav Radbruch », *Archives de philosophie du droit*, 1994, pp. 305-318 ; L.L. FULLER, « Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart », *Harvard Law Review*, 1958, vol. 71, n° 4, pp. 630-672.

qui aurait été rendue possible par la combinaison de la doctrine de la souveraineté du parlement et d'une conception formelle de l'État de droit propre au positivisme juridique^{33/34}.

C'est en réaction à cette compromission alléguée du positivisme juridique et du parlementarisme que s'est alors affirmée, dès la fin de la guerre, la conception matérielle libérale de l'État de droit, axée autour de deux caractéristiques essentielles (et intrinsèquement liées) : d'une part, la sanctuarisation juridique des « droits naturels » de l'homme dans les normes hiérarchiquement suprêmes (Constitutions nationales et conventions internationales dont la CEDH constitue l'exemple topique)³⁵ ; d'autre part, l'institutionnalisation du « juge

³³ Pour ne citer qu'un exemple de cette interprétation historique : « Mais ce n'est qu'au XX^e siècle que la décision de la majorité démocratique est devenue totalement absolue (*volle Verabsolutierung der demokratischen Mehrheitsentscheidung*). En niant toute norme juridique pré- et supranationale, le positivisme a libéré le pouvoir décisionnel suprême. La majorité démocratique en tant que souveraine est au-dessus de la loi ; la loi est ce qu'elle commande – et logiquement seulement ce qu'elle commande. Les autres attributs du pouvoir absolu sont également indexés sur le souverain démocratique : Il n'est responsable devant personne, sa volonté n'est pas révisable, ni résistible (*Er ist nicht verantwortlich, nicht überprüfbar, unwiderstehlich*). Le corrélat de l'absolutisation (*Verabsolutierung*) de la souveraineté populaire est la négation complète du droit de résistance (*ius resistendi*) » (W. KÄGI, « Rechtstaat und Demokratie. (Antinomie und Synthese) », in *Demokratie und Rechtstaat. Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti*, Zürich, Polygraphischer Verlag A.G., 1953 spéc. p. 110, [trad. libre].).

³⁴ C'est donc en particulier à travers sa critique de la *démocratie* que les libéraux vont mobiliser les analyses de Schmitt, car, comme le note Marie Goupy, « (...) en raison de son optique fondamentalement contre-révolutionnaire, Schmitt manque sa critique du libéralisme. Ce que le juriste vise en dernier instance, c'est moins le libéralisme lui-même dans lequel il ne voit jamais qu'une pensée de l'évitement et de l'indécision qui ne cesse de se contredire elle-même, que la pensée de l'immanence politique ou, pour mieux dire, de l'auto-institution du social par lui-même. Or, on peut bien admettre que la Révolution [française] soit le moment d'un tournant politique décisif en ce qu'elle fonde l'unité politique sur le principe de l'autonomie ou de l'autofondation ; on peut admettre également qu'une telle forme de pensée soit, de manière large, une pensée de l'ordre qui structure en dernière instance les théories scientifiques elles-mêmes sur la base d'un rejet de tout principe transcendant au fondement de l'ordre concret. En revanche, il n'est pas certain que la domination d'une forme de pensée rationaliste, portée notamment par le libéralisme politique, puisse être conçue comme une pensée inaboutie de l'ordre immanent. Bien plutôt, la technicisation et l'autonomisation des ordres objectivés pourraient être comprises comme les deux faces d'une même pensée de l'ordre cohérente, qui contribue à soustraire ces ordres à la possibilité même d'un agir collectif conscient, au sens où Castoriadis distinguait le politique, qui existe nécessairement dans toute société, de "la véritable politique [qui] résulte d'une création sociale-historique rare et fragile" (Cornelius CASTORIADIS, « la démocratie comme procédure et comme régime », *La montée de l'insignifiance, Les carrefours du Labyrinthe*, 4, Paris, Seuil, 1996, p. 268 [ajouté par l'auteur]). Ce qu'une telle pensée de l'ordre neutralise, c'est l'idée-même d'une possible auto-organisation du social par lui-même, qui supposerait précisément de *ne pas isoler les champs du social les uns des autres*, c'est-à-dire de maintenir l'emprise de la société sur ses normes, sur son économie – ce qui n'a finalement pas d'autre nom que la politique elle-même. Mais Schmitt est tellement convaincu qu'il n'y a pas d'ordre sans souveraineté, qu'il recouvre la différence entre une régulation "mécanique" ou, plus subtilement, soustraite à l'action volontaire consciente des individus, et l'auto-organisation, sans voir que la première naît précisément d'un transfert des moyens de l'auto-organisation dans les ordres objectivés et disloqués (le champ social, le champ économique, le champ juridique, le champ éthique) » (M. GOUPY, *L'état d'exception ou l'impuissance autoritaire de l'État à l'époque du libéralisme*, op. cit., pp. 272-274 [c'est l'auteur qui souligne]). Voy. également, sur cette hypothèse selon laquelle la cible de Schmitt se trouve être réellement, derrière le libéralisme, la démocratie elle-même : R. CRISTI, *Le libéralisme conservateur: trois essais sur Schmitt, Hayek et Hegel*, Paris, Éditions Kimé, 1993.

³⁵ Pour une analyse juspositiviste de ces droits « naturels » de l'homme, voy. not. : P. BRUNET, « La constitutionnalisation des valeurs par le droit », in S. HENNETTE-VAUCHEZ et J.-M. SOREL (éds.), *Les droits de l'homme ont-ils « constitutionnalisés le monde » ?*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 245-260 ; M. TROPER, « Le

constitutionnel » comme organe chargé de la protection, contre les empiètements du législateur lui-même, de ces « droits naturels » sanctuarisés dans les normes de droit positif les plus hautes³⁶.

Du reste, cette consécration de la conception matérielle de l'État de droit n'est pas restée cantonnée au versant politique libéralisme mais s'est également étendu progressivement à son versant économique. À cet égard, la réappropriation libérale du concept de « Constitution économique » joua un rôle fondamental. Les ordolibéraux allemands, suivis par Friedrich Hayek et certains néolibéraux américains (en particulier issus de l'École des choix publics et de la Nouvelle Macroéconomie Classique)³⁷, vont en effet mobiliser les critiques relatives aux contradictions internes à l'ordre constitutionnel libéral, quoique pour mieux infléchir les solutions avancées par Schmitt en ce qui concerne la substantialisation de la Constitution (par une hiérarchisation de ses dispositions) et la « déparlementarisation » du pouvoir législatif.

III. Les caractéristiques de l'acception actuelle du concept de « Constitution économique » et leur renforcement mutuel

Adaptée à la conception matérielle libérale d'un État de droit économique, la notion de « Constitution économique » se traduit par la sanctuarisation constitutionnelle tant des libertés économiques fondamentales (droit de propriété, liberté d'entreprendre, liberté du commerce et de l'industrie, libertés économiques de circulation, etc.) que de principes macroéconomiques réputés scientifiquement prouvés (stabilité des prix, indépendance de la banque centrale, règles de discipline budgétaire, etc.) – autrement dit, par une substantialisation économique de la Constitution. Par ailleurs, la relativisation des pouvoirs du parlement (et des risques d'« excès

positivisme et les droits de l'homme », in *Le droit et la nécessité*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011, pp. 31-45.

³⁶ Voy. not. : A. STONE SWEET, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2000 ; P. RAYNAUD, *Le juge et le philosophe. Essai sur le nouvel âge du droit*, Paris, Armand Colin, 2009. Comme le note Philippe Raynaud : « Le trait le plus visible de l'évolution qui affecte depuis quelques années les régimes "démocratiques" est évidemment le progrès du "libéralisme", qui ne se traduit pas seulement par la légitimité reconquise par l'"économie de marché", mais aussi par la transformation des modes de régulation politiques des sociétés libérales, dans lesquelles la figure du juge tend à supplanter celle de l'exécutif et de l'administration "bienveillante", pendant que le "droit constitutionnel" se présente de plus en plus comme un ensemble hiérarchisé de "normes", dont la cohérence est plus importante que les relations entre les "pouvoirs", et dont le fondement se trouve dans les droits dits "fondamentaux" protégés par les juridictions constitutionnelles. Cette évolution n'est pas elle-même sans portée politique : de la même façon que, du temps de la "balance des pouvoirs", les conflits les plus importants étaient liés aux intérêts en conflit et pouvaient se régler par des compromis, l'"âge des normes" verra se multiplier les enjeux liés à la "reconnaissance" des droits fondamentaux, pour donner une importance nouvelle aux fondements juridiques des revendications » (P. RAYNAUD, « Un nouvel âge du droit ? », *Archives de Philosophie*, juin 2008, n° 1, pp. 41-56 spéc. p. 53.).

³⁷ Cfr. *supra*, notes 14 à 17.

démocratiques » qui l'accompagnent) est mise en œuvre au profit d'un pouvoir « exécutif », mais d'un type particulier : il s'agit non plus du gouvernement (et de l'administration qui en dépend), mais bien d'autorités indépendantes « expertales »³⁸, dont la légitimité ne résiderait plus, dans une perspective de démocratie représentative, dans l'adhésion, le consentement et la participation (même indirecte) du peuple aux décisions, mais bien, dans une perspective technocratique, dans la présomption de connaissance des principes qui réguleraient de manière autonome ce champ social objectivé (voire naturalisé) que constituerait l'économie³⁹ et qui, en raison de leur naturalité même, ne pourraient donc qu'être « exécutés » par ces experts. En surplomb de cette nouvelle architecture institutionnelle, et pour protéger et garantir ces principes constitutionnalisés et cette nouvelle « balance des pouvoirs », l'institution du juge constitutionnel comme organe suprême de l'État induit un dépassement de la doctrine de la souveraineté du parlement en soumettant ce dernier au contrôle d'un organe juridictionnel (également de type technocratique) dont la sociologie offrirait une meilleure défense des

³⁸ Mark Thatcher et Alec Stone Sweet regroupent ces institutions sous le terme générique de « *non-majoritarian institutions (NMIs)* », qu'ils définissent comme « *those governmental entities that (a) possess and exercise some grant of specialised public authority, separate from that of other institutions, but (b) are neither directly elected by the people, nor directly managed by elected officials* » (M. THATCHER et A.S. SWEET, « Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions », *West European Politics*, janvier 2002, vol. 25, n° 1, pp. 1-22, spéc. p. 2.). Comme l'ajoutent ces auteurs, « *such institutions take a wide diversity of structural forms in Europe, including independent regulatory agencies, specialised courts, standardsetting boards, central banks, the European Commission, and so on* » (*ibid.*).

³⁹ Voy. not. : M.-A. FRISON-ROCHE, « Comment fonder juridiquement le pouvoir des autorités de régulation ? », *Revue d'économie financière*, 2000, vol. 60, n° 5, pp. 85-101 spéc. pp. 92-96. Comme le note Jacques Chevallier : « Dans le domaine économique, la mise en place d'AAI [autorités administratives indépendantes, Nda] vise à garantir le jeu de la concurrence. La pression européenne a été sur ce plan déterminante, en assortissant le processus de libéralisation des marchés de l'exigence de séparation de l'opérateur et du régulateur : dès l'instant en effet où un secteur évolue vers une structure pluraliste, il devient nécessaire d'encadrer son fonctionnement et de veiller au respect de certaines règles du jeu ; et cette fonction de régulation ne saurait être exercée, au nom de l'exigence d'impartialité, par les opérateurs publics eux-mêmes, qui seraient alors juge et partie. Les AAI apparaissent ainsi comme la clef de voûte de la construction d'un ordre juridique de marché dominé par le principe de libre concurrence. La contribution apportée par les AAI au renforcement de l'État de droit résulte de leurs attributs intrinsèques. Principe cardinal inhérent à leur institution, l'indépendance est censée les mettre à l'abri de l'emprise des pouvoirs de toute nature et les soustraire à l'emprise d'une rationalité politique : elles se présentent comme des instances "neutres" et "objectives", guidées par le souci de parvenir au meilleur équilibre possible entre les intérêts en présence ; la "légitimité d'impartialité" dont elles se prévalent s'appuie sur les qualités de leurs membres (compétence technique, capacité d'expertise, autorité morale), les principes de fonctionnement qu'elles adoptent (transparence, participation, évaluation) et les garanties procédurales qui entourent les processus décisionnels. On retrouve ainsi au cœur de l'institution des AAI la figure de la Raison juridique sous-jacente à la logique de l'État de droit, porteuse d'une vision idéalisée d'un droit épuré de sa dimension politique. » (J. CHEVALLIER, « Autorités administratives indépendantes et État de droit », *Civitas Europa*, décembre 2016, n° 2, pp. 143-154, spéc. pp. 146-147 [c'est nous qui soulignons]). Nous pourrions ajouter que cette « vision idéalisée d'un droit épuré de sa dimension politique » passe par une vision naturalisée, autonomisée et tout aussi épurée de sa dimension politique du champ économique.

principes libéraux et une immunité (relative) vis-à-vis des « excès démocratiques » dont pourrait être « victime » un parlement⁴⁰.

Implicitement, cette conception matérielle libérale d'un État de droit repose sur un fondement proprement naturaliste – tant pour le libéralisme politique (autour des droits naturels de l'homme) qu'économique (avec la défense des « lois naturelles du marché »)⁴¹ – qui implique le postulat de l'irréfutabilité des principes découlant de ces théories libérales. L'« irrévocabilité » (certes relative) des normes constitutionnelles consacrerait alors, dans le champ juridique, l'irréfutabilité supposée des principes proclamés par cette vision naturalisante. L'invocation, dans le champ politico-juridique, de la naturalité de ces principes justifie dès lors leur sanctuarisation constitutionnelle et la délégation de leur protection à une institution *supra-législative*, supposée neutre et objective : le juge constitutionnel. De ce fait, cette perméabilité du droit au naturalisme qui imprègne le libéralisme – en l'occurrence, pour ce qui nous concerne plus particulièrement ici, le libéralisme *économique* – peut expliquer *ex ante*, partiellement à tout le moins, la montée en puissance politique des juridictions constitutionnelles au sein des ordres juridiques contemporains⁴².

C'est dans cette perspective que certains analysent la constitutionnalisation de plus en plus fréquente de certains principes relatifs à l'économie de marché et au libéralisme

⁴⁰ Voy. not., dans une perspective critique : R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, *op. cit.* Voy. également : M. THATCHER et A.S. SWEET, « Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions », *op. cit.*, p. 12.

⁴¹ G. DOSTALER, « Les lois naturelles en économie. Émergence d'un débat », *L'Homme et la société*, 2008, n° 170-171, pp. 71-92 ; F. MUNIESA, « The Problem with Economics », *op. cit.* ; B. MARIS (éd.), « La légitimation du discours économique », *op. cit.*

⁴² François Vandevenne note, sur un ton volontairement polémique : « Inscrits dans un noble traité international considéré comme ayant mis fin à mille ans de conflits, les principales règles fondatrices du “laisser faire” ont aujourd'hui acquis un tel prestige auprès du monde juridique qu'il est devenu presque impossible d'entreprendre une critique à leur égard. Il est par ailleurs extrêmement déplacé de s'attaquer à des postulats qui prétendent reposer sur une science économique dominée par la rigueur et l'efficacité. Or, c'est précisément aux juges qu'a été confié le privilège de donner toute leur portée à ces principes. (...) Le juge est l'enfant chéri du néo-libéralisme. D'après les principes qui fondent cette doctrine, la judiciarisation de la société serait un indice de la bonne santé de la démocratie. Dans les nations libérales émergentes, on voit d'ailleurs systématiquement s'installer, concomitamment à la mise en place de l'économie de marché, une organisation juridictionnelle complète, accompagnée d'une puissante Cour constitutionnelle. Les Constitutions d'inspiration libérale réservent au juge une place de choix et encouragent les consommateurs à recourir à ses services. Le marché trouve en lui un allié stratégique. Des trois pouvoirs, c'est celui qui est le moins contrôlé et dont les choix politiques sont les moins sujets à critiques. Son indépendance le rapproche à maints égards de la prétendue “neutralité idéologique” du marché. Le juge devient un outil permettant d'apaiser les tensions sociales issues des défaillances du marché. Les révoltes sont ainsi déplacées de la rue vers le prétoire. Les droits ne sont plus arrachés à l'autorité, mais déclarés par le juge qui, comme les monarques absolus d'antan, voudra bien consentir une charte de libertés à ses sujets. » (F. VANDEVENNE, « Le juge et la fin de l'Histoire », in *Du juge ou du parlementaire, qui gouverne ?*, 13 avril 2007, disponible sur <http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/index.php?id=26>).

économique^{43/44}, notamment au sein d'anciens États du bloc communiste⁴⁵ ou encore en Suisse, par exemple⁴⁶. C'est de même sous ce prisme que nous interprétons la mise en place de l'Union économique et monétaire et la « constitutionnalisation », dans le droit primaire de l'Union, de principes économiques substantiels (notamment budgétaires et monétaires) issus entre autres du courant monétariste de Chicago, de l'École du *Public Choice* et de la Nouvelle Macroéconomie Classique – donc, pour faire court, du libéralisme néo-classique au sens large⁴⁷. La principale conséquence d'une telle constitutionnalisation consiste dans une *judiciarisation* des débats politico-économiques et, corrélativement, la montée en puissance des juridictions de type « constitutionnel ». La crise des dettes souveraines contribua à ce titre, de manière décisive, à mettre en lumière cette transformation des conflits idéologico-politiques – supposés, dans une perspective démocratique, être tranchés par le peuple (en tout cas, ses représentants) –, en litiges technico-juridiques à résoudre judiciairement par des juridictions *supra*-législatives

⁴³ Voy. not. : M. CARON, « Réflexions sur la constitutionnalisation des politiques économiques conjoncturelles », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2016, n° 2, pp. 557-595.

⁴⁴ A noter toutefois que des « droits économiques et sociaux » ont également parfois été constitutionnalisés, mais n'ont été reconnus que comme droits « programmatiques » et leur effectivité en a donc été d'autant plus réduites qu'ils s'opposent souvent à des libertés économiques considérées, elles, comme fondamentales et nécessitant donc une protection étendue contre les atteintes dont elles seraient la cible.

⁴⁵ Voy. not. J. GARCIA, « Les théories économiques et le pouvoir constituant », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, juin 2017, n° 1, pp. 104-105. A titre d'exemple, la Hongrie a adapté, par la loi n° XXXI du 23 octobre 1989 et la loi XL du 19 juin 1990, sa Constitution de 1949 afin de consacrer l'« économie sociale de marché » en attendant l'adoption d'une nouvelle Constitution qui, pour des raisons politiques internes, n'a pu être adoptée quand 2011 (voy. la traduction française de cette constitution de 1949 sur : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/hu2011.htm>). Dans cette dernière, l'article M prévoit que « 1. L'économie de la Hongrie est fondée sur le travail créateur de valeurs et sur la liberté d'entreprise. ; 2. La Hongrie garantit les conditions d'une concurrence économique loyale, combat tout abus de position dominante et défend les droits des consommateurs. » et l'article N prévoit le principe d'équilibre budgétaire avec, notamment, le contrôle du respect de ce principe par la Cour constitutionnelle (voy. la traduction française de cette constitution de 2011 sur : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/hu1949.htm>). L'article 19 de la Constitution bulgare de 1991 prévoit, quant à lui, que « (1) L'économie de la République de Bulgarie est fondée sur la libre initiative économique ; (2) La loi crée et garantit à tous les citoyens et personnes morales des droits juridiques égaux pour l'exercice d'une activité économique, en prévenant l'abus du monopole, la concurrence déloyale et en protégeant les producteurs ; (3) Les investissements et les activités économiques des citoyens bulgares et étrangers et des personnes morales sont protégés par la loi ; (4) La loi crée des conditions de coopération et autres formes d'association des citoyens et des personnes morales favorables à la réalisation d'un progrès économique et social » (voy. : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/bg1991.htm>). Enfin, L'article 20 de la Constitution polonaise stipule que « L'économie sociale de marché fondée sur la liberté de l'activité économique, sur la propriété privée et la solidarité, le dialogue et la coopération entre les partenaires sociaux, constitue le fondement du système économique de la République de Pologne » (voy. : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/pl1997.htm>).

⁴⁶ Voy. en particulier : J.-Y. CHEROT, « Constitution et économie », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (éd.), *Traité International de Droit Constitutionnel*, tome 3, Paris, Dalloz, 2012, pp. 530-561.

⁴⁷ Voy. not. : G. GREGOIRE, « Le marché, instance disciplinaire des États dans le cadre de l'Union économique et monétaire : des théories économiques aux cadres juridiques », *Politeia*, à paraître.

chargées de contrôler le respect des normes fondamentales dans lesquelles des options de politique économique sont sanctuarisées⁴⁸.

Par ailleurs, ce naturalisme économique constitue, *ex post*, un puissant levier de légitimation du mécanisme de contrôle juridictionnel de constitutionnalité – et du transfert du pouvoir suprême du législateur vers le juge constitutionnel qu’il induit –, même lorsque l’établissement de ce contrôle ne procède pas, à l’origine, de ce naturalisme. En effet, face à l’impossibilité logique, pointée entre autres par Michel Troper, de justifier le contrôle de constitutionnalité – et le transfert de pouvoir qu’il implique – sur le fondement du principe démocratique⁴⁹, le recours au naturalisme libéral – tant celui du marché que celui des droits de l’homme d’ailleurs⁵⁰ – constitue un moyen particulièrement efficace de légitimation d’une institution fondée, dans la tradition continentale du moins, sur les principes de neutralité, d’impartialité et d’objectivité qui nimbent le pouvoir politique⁵¹ inhérent à la fonction juridictionnelle⁵². La légitimité du juge constitutionnel résiderait ainsi dans une capacité à protéger et à garantir certains principes objectivés ou naturalisés (notamment économiques) face à l’arbitraire inhérent au pouvoir, fût-il démocratique. Cette prétendue capacité est du reste renforcée par la fiction – qui prolonge ce nimbe d’objectivité – de l’interprétation dite « authentique », conçue comme acte de connaissance et non de volonté et qui permet ainsi de voiler le pouvoir politique du juge soit derrière la volonté d’autrui, en l’occurrence le pouvoir constituant (lorsque le juge invoque le texte constitutionnel à l’appui de la norme qu’il pose), soit même derrière certains « principes généraux » qui seraient inhérents à un ordre juridique – ou même au « droit » en général lui-même – et que le juge ne ferait que découvrir⁵³.

Cette inclination jusnaturaliste étendue à la sphère économique – permettant, indirectement, de légitimer l’office du juge constitutionnel – apparaît déjà clairement dans la jurisprudence de la

⁴⁸ Voy. not.: G. GREGOIRE, « Crise des dettes souveraines et risque de conflit juridictionnel : retour sur l’affaire Outright Monetary Transactions », *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, 2018, pp. 147-182.

⁴⁹ M. TROPER, « La logique de la justification du contrôle de la constitutionnalité des lois », in *Le droit et la nécessité*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011, pp. 113-137 ; P. BRUNET, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », in O. JOUANJAN *et al.* (éds.), *La notion de justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 115-135.

⁵⁰ M. TROPER, « Le positivisme et les droits de l’homme », *op. cit.* ; M. TROPER, « Droit ou légitimité », in *Le droit et la nécessité*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011, pp. 47-58.

⁵¹ Par « pouvoir politique », nous entendons ici la capacité d’imposer, le cas échéant par la contrainte, des comportements déterminés aux sujets.

⁵² N. THIRION et L. FRANÇOIS, « Les juges dans la politique », in G. GRANDJEAN et J. WILDEMEERSCH (éd.), *Les juges : décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l’exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 53-77.

⁵³ M. TROPER, « L’interprétation constitutionnelle », in *Le droit et la nécessité*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011, pp. 155-168.

Supreme Court des États-Unis au début du XX^e siècle, en particulier dans l'arrêt *Lochner v. New-York* de 1905⁵⁴, par lequel la Cour censura une législation sociale fédérale au nom d'une conception naturalisée de l'économie, articulée autour des principes du libre-échange et du darwinisme social d'Herbert Spencer^{55/56}. Comme le note Cass. R. Sunstein, « *Market ordering under the common law was understood to be a part of nature rather than a legal construct, and it formed the baseline from which to measure the constitutionally critical lines that distinguished action from inaction and neutrality from impermissible partisanship* »⁵⁷.

Du reste, cette propension à s'emparer des questions économiques pour juger et, le cas échéant, censurer l'action du législateur au nom de certains principes économiques constitutionnalisés, au motif (parfois implicite) de leur naturalité intrinsèque, s'est développée également, quoique à des degrés divers, au sein des ordres juridiques continentaux convertis progressivement, depuis l'après-guerre, au contrôle juridictionnel de constitutionnalité.

L'évolution du Conseil constitutionnel français peut, à cet égard, en témoigner. Sur la base de son auto-habilitation à contrôler l'action du législateur au regard de normes de référence qu'il « découvre » lui-même^{58/59}, le Conseil constitutionnel a pu ensuite mettre en œuvre ce contrôle de constitutionnalité étendu en matière économique et, ainsi, contrôler la conformité des

⁵⁴ Décision *Lochner v. New-York* 198 US 45 (1905) du 17 avril 1905 de la *Supreme Court* des États-Unis d'Amérique.

⁵⁵ Non sans entraîner, en réaction, une opinion dissidente du juge Holmes passée à la postérité et considérée comme l'acte fondateur de la doctrine défendant la « neutralité économique de la Constitution » (voy. not. : J.-J. SUEUR, « La notion de constitution économique », in *Les métamorphoses du droit : hommage à Jean-Marie Rainaud*, Paris, L'Harmattan, 2009, pp. 397-423 ; J.-Y. CHEROT, « Constitution et économie », *op. cit.* ; R. JURION, *La jurisprudence économique du Conseil constitutionnel*, Université de Lorraine, Metz, France, 20 septembre 2017, pp. 26-28.). Dans cette brève opinion dissidente, le juge Holmes déclare notamment : « une Constitution n'est pas conçue pour incorporer une théorie économique particulière, qu'il s'agisse du paternalisme, de l'organicisme politique ou du laisser-faire. Une Constitution est faite par des individus qui ont des opinions fondamentalement différentes, et l'appréciation qu'à l'occasion nous portons sur certaines idées quand nous les tenons pour naturelles et familières, ou nouvelles et même choquantes, ne doit pas prédéterminer notre jugement sur la question de savoir si les lois qui les consacrent sont [ou non] contraires à la Constitution des États-Unis ».

⁵⁶ Sur cette décision et ses implications historiques, voy. en particulier le *Special Issue*, à l'occasion du centenaire de l'arrêt, du *Boston University Law Review*, vol. 85, 2005, pp. 671-1056. Voy. aussi l'article de Cass.R. SUNSTEIN, « *Lochner's Legacy* », *Columbia Law Review*, 1987, vol. 87, n° 5, pp. 873-919.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 874.

⁵⁸ Cette extension jurisprudentielle des normes de référence est doctrinalement synthétisée au moyen de l'expression « bloc de constitutionnalité ». Pour une analyse critique de cette extension jurisprudentielle des normes de référence du contrôle de constitutionnalité, voy. not. : D. BARANGER, « Comprendre le « bloc de constitutionnalité » », *Jus Politicum*, 2018, n° 20.

⁵⁹ Cette auto-habilitation n'est d'ailleurs pas sans rappeler la décision *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803) du 24 février 1803 de la *Supreme Court* des États-Unis d'Amérique, par laquelle la Cour a consacré elle-même son pouvoir juridictionnel de contrôle de constitutionnalité. Sur les « vices logiques » de cette auto-habilitation d'une juridiction à contrôler la constitutionnalité des lois, voy. : M. TROPER, « Marshall, Kelsen, Barack et le sophisme constitutionnaliste », in *Le droit et la nécessité*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011, pp. 139-154.

interventions législatives dans l'économie vis-à-vis de principes jurisprudentiellement constitutionnalisés – au rang desquels il faut compter notamment ceux du Préambule de la Constitution de 1946⁶⁰ et ceux de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) de 1789⁶¹. La jurisprudence fondatrice en la matière est également la plus spectaculaire, puisqu'il s'agit de la décision « Nationalisations » de 1982⁶², par laquelle le Conseil a eu à juger du projet de nationalisation de pans entiers, stratégiques, de l'économie française (grands groupes industriels, banques de dépôt et compagnies financières). Or, non sans une « prudence et habileté politique » qui « a permis de renforcer la légitimité du Conseil et d'asseoir le principe d'une justice constitutionnelle en France »⁶³, celui-ci va néanmoins profiter de cette décision pour « fonder le socle libéral de l'ordre économique, dont le droit de propriété, la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle consacrée un peu plus tard forment les piliers »⁶⁴. En effet, parmi différentes articulations possibles entre l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946⁶⁵ et le droit de propriété consacré aux articles 2 et 17 de la DDHC^{66/67}, le juge constitutionnel fait primer le droit de propriété et la liberté d'entreprendre (dégagée de manière assez indirecte de la formulation générale de la liberté individuelle à l'article 4 DDHC) et ne lit l'alinéa 9 du Préambule de 1946 que dans le cadre surplombant de ces principes faîtières⁶⁸. Comme le note Roxane Jurion, « en proclamant la valeur constitutionnelle du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre, ce sont bien les fondements de l'économie capitaliste que

⁶⁰ Cons. const., décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, J.O.R.F., 18 juillet 1971, p. 7114 (ECLI:FR:CC:1971:71.44.DC). A noter que par cette décision le juge constitutionnel consacre même comme normes de référence de son contrôle les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » (*ibid.*, cons. 2).

⁶¹ Cons. const., décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, *Taxation d'office*, J.O.R.F., 28 décembre 1973, p. 14004 (ECLI:FR:CC:1973:73.51.DC).

⁶² Cons. const., décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, J.O.R.F., 17 janvier 1982, p. 299 (ECLI:FR:CC:1982:81.132.DC).

⁶³ R. JURION, *La jurisprudence économique du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 69.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 66.

⁶⁵ « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ».

⁶⁶ L'article 2 prévoit que « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ». L'article 17, quant à lui, prescrit que « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

⁶⁷ Voy. not. : F. LUCHAIRE, « Doctrine, nécessité ou poésie », in L. FAVOREU (éd.), *Nationalisations et Constitution*, Paris, Economica, 1982, pp. 65-85, spéc. pp. 66-70.

⁶⁸ Il faut noter qu'à cette époque, le rang constitutionnel du droit de propriété était toujours débattu en doctrine, alors que la liberté d'entreprendre était appréhendée seulement à travers le Décret d'Allarde et la Loi Le Chapelier de 1791, c'est-à-dire par des normes de rang législatif. Pour une analyse de la décision et des réactions doctrinales à cette décision, voy. en particulier : R. JURION, *La jurisprudence économique du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 69-76.

consacre le Conseil constitutionnel »⁶⁹. S'il validera néanmoins finalement le principe des nationalisations⁷⁰, ce n'est pas sans avoir toutefois censuré, dans un premier temps⁷¹, le montant des indemnités compensatoires de cette expropriation – ce qui, pour une telle mesure, revient en quelque sorte à la dénaturer et à entraver tout projet ultérieur de même nature⁷². En bref, « l'interprétation et le raisonnement adoptés par le Conseil sont bien le produit d'un choix idéologique exaltant les bases libérales de l'ordre économique »⁷³.

Sur la base de ces deux « piliers principaux de l'ordre économique libéral »⁷⁴ que sont le droit de propriété et la liberté d'entreprendre – avec, parfois, en toile de fond, le principe de libre concurrence⁷⁵ –, le Conseil va ensuite faire prospérer une jurisprudence qui, tout en se nimbant d'une déférence envers le législateur, n'en maintient pas moins une vision idéologique propre, articulée autour des fondamentaux du libéralisme économique. Citons, à titre illustratif, la décision du 4 juillet 1989 relative aux modalités d'application des privatisations 1986⁷⁶ jusqu'à celle dite « Florange » du 27 mars 2014⁷⁷, en passant notamment par la décision « SRU » du 7

⁶⁹ *Ibid.*, p. 74.

⁷⁰ Notamment, selon la doctrine, pour des raisons stratégiques de consolidation et de légitimation de son office dans une période où le contrôle de constitutionnalité des lois est, en lui-même, toujours sujet à critique (voy. not. : L. FAVOREU, « Une grande décision », in L. FAVOREU (éd.), *Constitution et nationalisations*, Paris, Economica, 1983, pp. 19-55 spéc. pp. 19-27.). Ce lien entre la « consolidation de la justice constitutionnelle et du Conseil constitutionnel » vis-à-vis de la « souveraineté du législateur » (*Ibid.*, pp. 19-20.) et les débats théoriques autour de l'interprétation de concepts (« nationalisation », « expropriation », « droit de propriété », etc.) et de normes (Préambule de 1946, DDHC, etc.) dans un contexte historique et politique particulier (l'arrivée au pouvoir de la gauche après des décennies d'opposition et au moment de la « révolution conservatrice » des années 1980) apparaît ainsi, selon nous, comme une illustration assez remarquable des enseignements de l'approche généalogique.

⁷¹ Après modification de ces indemnités compensatoires par le gouvernement, le Conseil constitutionnel validera, dans un deuxième temps, la loi de nationalisations (Cons. const., décision n° 82-139 DC du 11 février 1982, *Nationalisation II*, J.O.R.F. du 12 février 1982, p. 560 [ECLI:FR:CC:1982:82.139.DC]).

⁷² Comme le note François Luchaire, « Le Doyen Vedel a écrit dans son ouvrage consacré à “La technique des nationalisations” (p.56-57) : “en fait, l'ensemble de la question est commandée par la philosophie politique et économique que chacun porte en soi, consciemment ou inconsciemment”. Cette phrase profondément vraie suffit à trancher le débat entre ceux qui reprochent au Conseil d'avoir pris une décision politique et ceux qui admirent la construction juridique des décisions dont le Doyen Vedel était le rapporteur. Les nationalisations mettent en cause un certain choix de société ; chacun qu'il soit juge ou législateur a fait ce choix ; consciemment ou inconsciemment. (...) La décision du conseil peut paraître assez équilibrée. Non au socialisme, oui à des mesures socialistes lorsque le Parlement l'estime nécessaire, mais avec une indemnité plus que substantielle. (...) On est tenté de croire que le Conseil a voulu laisser passer la vague de nationalisation quitte à les rendre plus coûteuses encore en disant : oui mais n'allez pas plus loin » (F. LUCHAIRE, « Doctrine, nécessité ou poésie », *op. cit.*, p. 84.).

⁷³ R. JURION, *La jurisprudence économique du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 75.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*, p. 102 et s.

⁷⁶ Cons. const., décision n° 89-254 DC du 4 juillet 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations*, Rec. p. 41.

⁷⁷ Cons. const., décision n° 2014-692 DC du 27 mars 2014, *Loi visant à reconquérir l'économie réelle*, J.O.R.F. du 1er avril 2014 p. 6232, texte n° 4 (ECLI:FR:CC:2014:2014.692.DC).

décembre 2000⁷⁸ et celle relative à la privatisation du secteur de l'énergie du 30 novembre 2006⁷⁹.

Le Tribunal constitutionnel fédéral allemand (*Bundesverfassungsgericht*) lui-même, pourtant connu pour avoir consacré explicitement la « neutralité » de la Loi fondamentale en matière économique⁸⁰, ne semble pas exempt de toute imprégnation naturaliste en matière économique – ou, autrement dit, de toute inclination à objectiver certains principes économiques et à les faire ainsi échapper à toute atteinte qu'entendrait lui porter l'institution parlementaire. L'exemple le plus marquant est à cet égard son argumentation juridique en faveur de l'indépendance de la Banque centrale européenne et de son mandat prioritairement dirigé vers la stabilité monétaire, malgré les atteintes au principe démocratique que cela induit nécessairement (et qu'elle reconnaît d'ailleurs explicitement). En effet, cette consécration, dans les traités européens, de l'indépendance de la Banque centrale européenne et de son mandat restrictif serait justifiée, selon le *Bundesverfassungsgericht*, en raison même de divers arguments (d'inspiration monétaristes) sur la nécessaire neutralité de la politique monétaire et des critiques (développées particulièrement par l'École du *Public Choice*) envers le clientélisme électoral des hommes politiques – arguments endossés par le *Bundesverfassungsgericht* en ce qu'ils seraient, selon ses propres termes, « scientifiquement prouvés » (« *aus wissenschaftlicher Sicht bewährten* »)⁸¹. Cette argumentation, développée dès l'arrêt *Maastricht* de 1993, fut par ailleurs répétée à l'occasion de l'affaire *OMT* relative à la conformité, au regard des traités

⁷⁸ Cons. const., décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, J.O.R.F. du 14 décembre 2000, page 19840, Rec., p. 176 (ECLI:FR:CC:2000:2000.436.DC).

⁷⁹ Cons. const., décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Journal officiel du 8 décembre 2006, page 18544, texte n° 2, Rec., p. 120 (ECLI:FR:CC:2006:2006.543.DC).

⁸⁰ BVerfGE, 20 juillet 1954, *Investitionshilfe*, 1 BvR 459, 484, 548, 555, 623, 651, 748, 783, 801/52, 5, 9/53, 96 et 114/54, Rec. 4, p. 7 ; BVerfGE, 1er mars 1979, *Mitbestimmung*, 1 BvR 532, 533/77, 419/78 et BvL 21/78, Rec. 50, p. 290. Voy. not., sur le sujet : C. MONGOUACHON, « Les débats sur la Constitution économique en Allemagne », *op. cit.*

⁸¹ « Cette modification du principe de la démocratie au service de la garantie de la confiance placée dans une monnaie se justifie parce qu'elle tient compte de la particularité – testée dans le système juridique allemand *et prouvée également d'un point de vue scientifique* – qu'une banque centrale indépendante garantit plus sûrement la valeur de la monnaie et donc la base économique générale des politiques budgétaires gouvernementales ainsi que des plans et transactions privés dans l'exercice des libertés économiques que des organes étatiques dont les options et moyens d'action reposent sur la masse monétaire et sur sa valeur marchande et qui sont tributaires du consentement à court terme des forces politiques. En ce sens, placer la politique monétaire sur une base autonome sous la juridiction souveraine d'une Banque centrale européenne indépendante, qui ne peut être transférée à d'autres domaines politiques, satisfait aux exigences constitutionnelles selon lesquelles le principe de la démocratie peut être modifié » (BVerfG, 12 octobre 1993, *Maastricht*, 2 BvR 2134/92 et 2 BvR 2159/92, Rec. BVerfGE, 89, pp. 155 et s., §154 ; trad. libre).

européens et de la Constitution allemande, des politiques « non conventionnelles » de la BCE (adoptée pour lutter contre les effets de la crise des dettes souveraines)⁸².

Par conséquent, si, comme nous avons essayé de le montrer, l'institutionnalisation du juge constitutionnel en organe suprême de l'État, chargé de contrôler l'action du parlement, trouve l'une de ses causes principales dans la montée en puissance, après la guerre, de la conception matérielle de l'État de droit libéral – qui repose, tant au niveau politique qu'économique, sur un postulat naturaliste –, il apparaît, selon nous, que le juge constitutionnel trouve lui-même un intérêt stratégique à donner corps à (et à étendre) cette conception matérielle de l'État de droit libéral, en consacrant jurisprudentiellement ces principes matériels dans lesquels il puise en retour un renforcement de sa légitimité à censurer certains choix posés par l'instance dépositaire de la démocratie représentative.

IV. Les manifestations théoriques et institutionnelles de la mise en tension des principes de démocratie et d'État de droit matériel

La logique sous-jacente à cette constitutionnalisation économique – à savoir la dépolitisation du champ économique et le transfert corrélatif de sa régulation à des experts économiques et juridiques au détriment du parlement – se heurte (et pour cause, c'est en partie sa raison d'être) au principe démocratique, qui constitue pourtant toujours, implicitement ou explicitement, l'un des fondements des ordres constitutionnels des États occidentaux contemporains. Ceci peut d'ailleurs expliquer, selon nous, les controverses doctrinales autour de l'interprétation des jurisprudences constitutionnelles économiques. Que ce soit pour l'approuver (au nom du principe démocratique) ou pour le désapprouver (au nom de l'État de droit)⁸³, certains avancent en effet que les juridictions constitutionnelles font preuve d'un *self-restraint* important, qui traduirait l'idée d'une « neutralité » de la constitution économique et, corrélativement, d'un large pouvoir du législateur pour façonner, organiser et, le cas échéant, intervenir dans

⁸² BVerfG, 14 janvier 2014, *OMT I*, 2 BvR 2728/13, *Rec. BVerfGE*, 134, pp. 366 et s., §§32 et 59.

⁸³ Comme le fait, par exemple, Sophie Nicinski « La rareté des censures sur le fondement de la liberté d'entreprendre manifeste une insuffisance du contrôle des interventions de l'État, à partir d'une liberté-autonomie traduisant une idéologie libérale mais dont seule la dénaturation est finalement sanctionnée. [...] Cet état du droit est parfaitement insatisfaisant car la liberté d'entreprendre reste une liberté publique et fonctionne comme telle, en ce sens qu'il revient alors au seul juge de positionner le curseur entre les atteintes admises et celles qui seront censurées, au gré d'une appréciation que l'on pourrait souhaiter voir plus encadrée » (S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, 3e éd., Montchrestien, Paris, 2012, p. 52 [cité in R. JURION, *La jurisprudence économique du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 210.]).

l'économie⁸⁴. D'autres défendent au contraire – également pour mieux l'approuver ou le désapprouver – que, derrière une apparence de retrait et de neutralité, les juridictions constitutionnelles protègent une certaine conception de l'économie face aux atteintes du législateur, relativisant de ce fait le principe démocratique au nom d'une conception substantielle de l'État de droit économique⁸⁵. Pour notre part, nous nous en tiendrons à remarquer que l'existence même de ce contrôle *supra-législatif*, quel que soit le degré d'autolimitation dont font preuve ces juridictions constitutionnelles, entraîne en tout cas inévitablement la mise en tension des deux principes – de démocratie, d'un côté, et d'État de droit matériel, de l'autre – au fondement de la plupart des ordres juridiques occidentaux contemporains. Cette mise en tension se concrétise alors à un double niveau : théorique et institutionnel.

Théoriquement, ces atteintes au principe démocratique par la substantialisation (notamment économique) de la Constitution – et la montée en puissance du juge constitutionnel qu'elle induit – s'insèrent dans un débat doctrinal plus large autour des frontières et des relations entre les sphères politique, juridique et économique. En effet, la dépolitisation libérale des différents champs sociaux à l'œuvre dans les sociétés contemporaines, dont le processus de substantialisation économique de la Constitution ne constitue qu'une des manifestations, se reflète selon nous dans l'essor de diverses théories, parmi lesquelles celles du *New constitutionalism*⁸⁶, de la *multi-level governance*⁸⁷, ou bien encore de Luhmann⁸⁸, prolongée par Teubner⁸⁹, relatives au caractère « autopoïétique » de ces systèmes sociaux autonomes que seraient l'économie, la politique et le droit – et dont la « Constitution économique »

⁸⁴ Voy. not. : H. RABAULT, « La Constitution économique de la France », *Revue française de droit constitutionnel*, 2000, pp. 707-745.

⁸⁵ Voy. not. : M. CARON, « Réflexions sur la constitutionnalisation des politiques économiques conjoncturelles », *op. cit.* ; J. GARCIA, « Les théories économiques et le pouvoir constituant », *op. cit.*

⁸⁶ WORLD BANK, *World Development Report 1997: The State in a Changing World*, New York, Oxford University Press, 1997.

⁸⁷ L. HOOGHE et G. MARKS (éds.), *Cohesion Policy and European Integration : Building Multi-level Governance*, Oxford, Oxford University Press, 1996 ; L. HOOGHE et G. MARKS, *Multi-Level Governance and European Integration*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 2001.

⁸⁸ Voy. not. : N. LUHMANN, « Le droit comme système social », *Droit et Société*, 1989, vol. 11, n° 1, pp. 53-67 ; N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Francfort/Main, Suhrkamp, 1995.

⁸⁹ Voy. not. : G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993 ; G. TEUBNER, « Transnationale Wirtschaftsverfassung: Franz Böhm und Hugo Sinzheimer jenseits des Nationalstaates », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2014, vol. 74, pp. 733-761 ; G. TEUBNER, « La question constitutionnelle au-delà de l'état-nation : pour une approche sociologique du phénomène constitutionnel », Collège de France, 19 avril 2017, disponible sur <http://www.college-de-france.fr/site/alain-supiot/guestlecturer-2017-04-19-17h00.htm> (Consulté le 26 juin 2017).

constituerait le « couplage structurel »⁹⁰. Ces diverses théories, cherchant chacune à analyser et à expliquer la situation actuelle, en viennent en effet le plus souvent, selon nous, à objectiver une situation historique contingente en niant les rapports de force qui les ont rendus possibles et, de ce fait, finissent par légitimer (sciemment ou non), en la naturalisant, cette dépolitisation des champs sociaux⁹¹.

Au niveau institutionnel, cette tension entre les principes de démocratie et d'État de droit matériel – et son prolongement dans ces nouvelles théories juridiques – influe également sur les efforts constants de renégociation des équilibres de pouvoirs, notamment entre le parlement – en tant qu'incarnation de la démocratie (représentative) – et le juge constitutionnel – considéré comme garant de l'État de droit libéral. Certes, le juge constitutionnel affiche volontiers, dans certaines de ses décisions, une posture de *judicial self-restraint* au nom d'une déférence envers le législateur démocratiquement élu. Certes également, on invoque volontiers symétriquement, du côté des élus du parlement, le principe d'État de droit pour justifier ce qu'on pourrait qualifier de *legislative self-restraint* en matière économique. Loin de démontrer une réelle conciliation de ces principes, il nous apparaît plutôt que ces positions relèvent de stratégies discursives qui tendent à euphémiser et à masquer les luttes de pouvoirs qui se nouent au niveau des pouvoirs de l'État dans la sphère économique. Reflet de la dépolitisation du champ social, ces discours feutrés témoignent autant qu'ils participent, d'après nous, de la dépolitisation (apparente) des débats politiques au nom de certaines conceptions naturalisantes du droit et de l'économie. Mais cette apparence de dépolitisation recouvre selon nous en réalité une recomposition des équilibres de pouvoirs au sein des organes constitutionnels de l'État. La prise en compte de plus en plus importante par les parlements (et par les gouvernements) du risque de censure juridictionnelle *supra*-législative, au niveau interne ou supranational – de même d'ailleurs que le respect des décisions économiques des autorités indépendantes « expertales » en raison d'une rationalité qui échapperait à toute emprise politique – témoigne de la perte

⁹⁰ J. BROQUET, « Une approche épistémologique de la notion de couplage structurel: l'exemple de la Constitution économique », in L.K. SOSOE (éd.), *Le droit – un système social. Law as a Social System*, Hildesheim - Zürich - New-York, Georg Olms Verlag, 2015, pp. 157-175.

⁹¹ Voy., à titre illustratif, et dans une perspective relativement approuvée : H. RABAULT, « Sens et portée de l'œuvre de Niklas Luhmann : un libéralisme désenchanté ? », *Droit et société*, 2007, vol. 65, pp. 175-188. ; dans une perspective plus critique, voy. not. : S. GILL, « European governance and new constitutionalism: Economic and Monetary Union and alternatives to disciplinary Neoliberalism in Europe », *New Political Economy*, 1998, vol. 3, n° 1, pp. 5-26 ; W. WALTERS, « Some Critical Notes on "Governance" », *Studies in Political Economy*, mars 2004, vol. 73, n° 1, pp. 27-46 ; T. LEMKE, « An indigestible meal? Foucault, governmentality and state theory », *Distinktion: Journal of Social Theory*, janvier 2007, vol. 8, n° 2, pp. 43-64 ; R. AYDOGDU, « La Corporate Social Responsibility, le droit par-delà le marché et l'Etat (partie 1) », *Revue pratique des sociétés - Tijdschrift voor Rechtspersoon en Vennootschap (RPS-TRV)*, 2016, n° 16, pp. 669-704 spéc. pp. 679 et s.

d'influence progressive des organes d'ascendance démocratique (au premier rang desquels figure le parlement) au profit d'institutions non pas « apolitiques », comme il est souvent avancé, mais bel et bien fondamentalement politiques quoique d'une essence différente car d'ascendance technocratique (juridique et économique). La perte du monopole législatif du parlement au profit d'autorités indépendantes « expertales » participe déjà de cette recomposition des équilibres de pouvoirs, mais l'institutionnalisation du contrôle juridictionnel de constitutionnalité et son (auto)-extension graduelle dans la sphère économique va une étape plus loin encore, puisqu'il ne marque plus seulement la montée en puissance d'une légitimité concurrente au principe démocratique – à savoir celle de l'expert et, à travers lui, d'une vérité objective supérieure et hors de portée de l'action humaine –, mais hiérarchise ces légitimités en subordonnant les institutions d'ascendance démocratique à celles de type technocratique.

V. Conclusion

Sans être en mesure de trancher définitivement ces questions, nous voudrions néanmoins, pour conclure, interroger les conséquences de cette tendance – qui n'avance certes pas sans provoquer de résistance – à la dépolitisation du champ économique au nom de principes constitutionnalisés en raison de leur naturalité supposée. Comme a pu déjà l'analyser en son temps Carl Schmitt – mais pour mieux en appeler à un État autoritaire transcendant le champ social – ou Karl Polanyi après lui – dans une perspective démocratique – cette tendance à la « dépolitisation » de l'économie par le droit ne risque-t-elle pas de provoquer un violent mouvement retour visant à « réencastrier l'économie dans la société »⁹²? L'apparition, sur le plan social, de mouvements de contestation de type « gilets jaunes » ou la montée, sur le plan institutionnel, de partis dits « populistes »^{93/94} ne peuvent-elles être analysées comme des manifestations de cette volonté de repolitisation volontariste du champ social et, en particulier, de l'économie ?

Pour reprendre les termes de Marie Goupy, « les crises que produit le désencastrement de l'économie – au moyen d'une politique active, soulignons-le encore – sont, dans l'analyse de Polanyi, à la fois structurelles et culturelles : elles sont notamment liées aux réactions sociales que produisent l'autonomisation de l'économie et la soumission des sociétés à l'économie

⁹² K. POLANYI, *La grande transformation*, op. cit.

⁹³ Concept qui gagnerait d'ailleurs lui aussi à être analysé sous un angle généalogique afin de déconstruire les présupposés théoriques et les intentions stratégiques idéologiques qu'il recouvre.

⁹⁴ Voy. not. le special issue du *German Law Journal* sur le thème « Populism and constitutional law » (Vol. 20, Issue 2, April 2019).

constituée en nécessité objectivée. Dans une certaine mesure, les crises dans l'ordre libéral peuvent être comprises comme des *réactions sociales* à une forme de “dépolitisation”, qu’il convient de comprendre comme le résultat d’une autonomisation à marche forcée de l’économie à l’égard du champ politique (...) »⁹⁵. Loin de constituer, comme le présupposent les tenants de la conception matérielle de l’État de droit (économique), le garant ultime de l’ordre social (politique, juridique et économique), le juge constitutionnel ne contribue-t-il pas *in fine*, à la crise de cet ordre social ?

⁹⁵ M. GOUPY, *L’état d’exception ou l’impuissance autoritaire de l’État à l’époque du libéralisme*, op. cit., p. 282.